

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm. 274/2015

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 7 BARCELONA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 174/2014

ANNA CAMPS HERREROS  
ADVOCAT  
PROCURADOR DELS TRIBUNALS  
Passeig de Sant Joan, 161, 4t. 1º.  
08037 BARCELONA  
Tels. 93 458 03 21 - 93 459 46 01  
Fax 93 457 20 27  
E-mail: annacamps@procura.com

S E N T E N C I A núm. 153/2017

Ilmos. Sres.:

D. José Antonio Ballester Llopis

Dª Ana María Ninot Martínez

Dª María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a ocho de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 174/2014 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 7 Barcelona, a instancia de SILVIA quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra NCG BANCO S.A. (ANTES CAJA DE AHORROS DE GALICIA), quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de NCG BANCO S.A. (ANTES CAJA DE AHORROS DE GALICIA) contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 19 de septiembre de 2014, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"Que, estimando íntegramente la demanda,

- 1.- Condono a la demandada a abonar a la actora 13.223,19 euros, más el interés legal desde la interposición de la demanda y hasta la efectividad del pago;
- 2.- Condono a la demandada a abonar a la actora las cantidades cobradas en exceso (esto es, siempre que después de la interposición se mantengan los requisitos que permiten aplicar la bonificación sobre el diferencial) desde la interposición de la demanda, consistentes en la diferencia entre el margen del 1,5 % y del 0,45 % sobre el capital pendiente de amortizar, más el interés legal de cada una de estas cantidades desde la fecha de su cobro.
- 3.- sin especial imposición de costas. "

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de NCG BANCO S.A. (ANTES CAJA DE AHORROS DE GALICIA) y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado ocho de marzo de dos mil diecisiete.

**CUARTO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Ana M. Ninot Martínez.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Planteamiento del litigio y resolución en primera instancia.**

El presente procedimiento se inició por demanda presentada por D<sup>ña</sup>. SILVIA VIDAL VERGE contra la entidad NCG BANCO SA, en la que la parte actora solicita que se condene a la demandada a restituir a la actora las cantidades cobradas en exceso en virtud de la

cláusula suelo y por la aplicación indebida del margen de 1,50 puntos porcentuales hasta mayo de 2013, ascendientes a 13.223,19 €, más las cantidades que se sigan cobrando en exceso en aplicación del margen de 1,50 puntos porcentuales hasta la aplicación efectiva del margen de 0,45 puntos porcentuales, más sus intereses legales y las costas.

Aduce la demandante que en fecha 16 de junio de 2006 suscribió con Caja de Ahorros Galicia (hoy NCG BANCO SA) un préstamo hipotecario por importe de 279.470 €, a reintegrar en 40 años, con un interés fijo del 3,90% hasta el 30 de junio de 2007 y a partir de entonces un interés variable pactado en la cláusula Tercera Bis con la siguiente redacción:

*1. El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del 3 POR CIENTO ni ser inferior al 10 POR CIENTO, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período.*

*Con sujeción siempre a los límites máximo y mínimo de la variación del tipo de interés aplicables establecidos en el párrafo precedente por la CAJA y el PRESTATARIO, el margen a sumar al "tipo de referencia" en cada período será del 1,5 puntos porcentuales. No obstante, este margen será de 0,45 puntos porcentuales si (i) el PRESTATARIO contrata y mantiene en los términos previstos en la letra a) del número 1 de la cláusula quinta, un Seguro Multirriesgo Hogar Continente distribuido por la Caja; y (ii) durante todo el período de tiempo comprendido entre el inicio del período de interés anterior y el día uno del último mes del mismo, ambos inclusive, concurren en el PRESTATARIO, o en todos los PRESTATARIOS, de ser éstos varios, al menos cuatro de las siguientes circunstancias:*

*a) Tener domiciliada su nómina o pensión en la CAJA.*

*b) Ostentar la condición de partícipe en una Plan de Pensiones perteneciente a la gama Biapensiones, gestionado por Biagalicia de Seguros y Reaseguros SA.*

c) *Ser titular de una tarjeta de crédito emitida por la CAJA.*

d) *Ser titular de una tarjeta de débito emitida por la CAJA.*

e) *Ostentar la condición de tomador o asegurado en un seguro de ahorro-vida perteneciente a la gama de productos Biasegurado Jubilación, contratado por Biagalicia de Seguros y Reaseguros SA.*

f) *Ostentar la condición de tomador o asegurado en un seguro sobre la vida diferente de los referidos en la letra e) precedente, contratado con Biagalicia de Seguros y Reaseguros SA.*

g) *Ostentar la condición de tomador o asegurado en un Seguro Multirriesgo Hogar Contenido distribuido por la CAJA.*

h) *Ostentar la condición de tomador o asegurado en un Seguro de Pagos Protegidos, vinculado al préstamo, distribuido por la CAJA.*

*Será "tipo de referencia" para cada período anual la última "referencia interbancaria a un año" que figure publicada, antes del día uno del último mes del período anterior, en el Boletín Oficial del Estado por el Banco de España (media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación - EURIBOR).*

Refiere la actora que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 2013, declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores por diversas entidades de crédito, entre las que se encuentra NCG BANCO. En cumplimiento de esta sentencia, NCG BANCO procedió a la eliminación de la cláusula suelo, comunicando a la actora que a partir del mes de septiembre de 2013 ya no se le aplicaría y que el tipo de interés sería el resultante de sumar al tipo de referencia a la fecha de la última revisión el

diferencial pactado.

La demandante sostiene que la declaración de nulidad de la cláusula suelo comporta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, la restitución de las cantidades cobradas en exceso en virtud de la cláusula anulada, no obstante la irretroactividad declarada por el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada.

Asimismo, la actora denuncia que la entidad de crédito no aplica el margen bonificado del 0,45 puntos porcentuales desde julio de 2009, en que pasó a aplicar el margen de 1,50 puntos porcentuales, a pesar de que la Sra. Vidal cumple con los requisitos impuestos para disfrutar de dicha bonificación pues dispone de un contrato multirriesgo total hogar que garantiza el continente y el contenido de la finca hipotecada, un seguro de vida, un contrato de tarjeta de débito y otro de tarjeta de crédito.

A la pretensión deducida se opuso la demandada NCG BANCO que invocó la excepción procesal de cosa juzgada por entender que los efectos de la cosa juzgada de la STS de 9 de mayo de 2013 se extienden al presente procedimiento en relación con la restitución de cantidades, y, en cuanto al fondo, alega, primero, que no existe razón, ni de hecho ni de derecho, para que el Juzgado se separe del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo por el que se proclama que los efectos de la nulidad no afectan a los pagos hechos por virtud de la cláusula suelo denunciada con anterioridad a la fecha de su publicación; segundo, que la actora no ha cumplido la condición pactada para gozar de la bonificación del margen consistente en tener contratado con la entidad el seguro multirriesgo hogar continente y cuatro productos más de los enumerados en la escritura; y tercero, que hay pluspetición pues la demandada ya ha restituido los intereses correspondientes al período comprendido entre el 9 de mayo y el 30 de septiembre de 2013.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona, después de haber rechazado las excepciones procesales en el acto de la audiencia previa, estima íntegramente la demanda y condena

a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 13.223,19 € más el interés legal desde la interposición de la demanda, así como las cantidades cobradas en exceso desde la interposición de la demanda consistentes en la diferencia entre el margen del 1,5% y del 0,45% sobre el capital pendiente de amortizar, siempre que se mantengan los requisitos que permiten aplicar la bonificación, más el interés legal, y sin especial imposición de costas.

Frente a dicha resolución se alza la entidad demandada NCG BANCO SA que recurre en apelación insistiendo en la improcedencia de la restitución de cantidades por aplicación de la cláusula suelo, la inaplicación de la bonificación del margen del tipo de interés y la pluspetición. La actora, por su parte, se opone al recurso y muestra su conformidad con la sentencia de instancia cuya íntegra confirmación interesa.

**SEGUNDO.- Restitución de cantidades como consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo.**

La controversia suscitada a propósito de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, en particular sobre su carácter retroactivo o no, ha quedado definitivamente zanjada tras la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y la STS de 24 de febrero de 2017.

Como es sabido, la STS de 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

Como es sabido también, el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) señala que:

72 *Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las*

cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, CEU:C:2013:164, apartado 60).

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, CEU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016,

Ognyanov, CEU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Tras el dictado de esta resolución, el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 2017, ha procedido a adaptar su jurisprudencia a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo, declarando en su Fundamento de Derecho Quinto lo siguiente:

"1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70; 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C-106/77; 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, C-314/85; y 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero; 58/2004, de 19 de abril; 78/2010, de 20 de octubre; y 145/2012, de 2 de julio, entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un



litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980). Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10). Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14).

3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una

*protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.*

*4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión."*

Conforme a lo expuesto, habida cuenta que la sentencia impugnada se ajusta a la jurisprudencia comunitaria, procede desestimar este primer motivo de oposición.

### **TERCERO.- Aplicación del margen bonificado.**

En este segundo apartado, la controversia se circunscribe a determinar si concurren los requisitos previstos en el contrato para la aplicación del margen bonificado del 0,45 puntos porcentuales y que consisten en la contratación por parte del prestatario con la entidad de crédito o empresas el grupo, de un seguro multirriesgo hogar continente más cuatro de los ocho productos que se enumeran en la escritura.

La recurrente admite que al principio de la vida del préstamo se dieron las condiciones para gozar de la bonificación del margen del tipo de interés habida cuenta que la Sra. Vidal tenía suscritos con la entidad de crédito o empresa del grupo un seguro multirriesgo total hogar que incluía continente y contenido, un seguro de vida, un contrato de tarjeta de crédito y un contrato de tarjeta de débito. Sin embargo, la demandada sostiene que tras la renovación

de las tarjetas de crédito y débito en junio de 2008 y junio de 2009, respectivamente, éstas no fueron activadas por la demandante.

La sentencia de instancia considera que la demandada no ha probado que la actora no hubiera activado las tarjetas y apela al principio de mayor facilidad y disponibilidad probatorias.

La recurrente entiende que la sentencia le impone la demostración de un hecho negativo, cual es la no activación de las tarjetas tras su renovación, de imposible probanza y defiende, por el contrario, que a la demandante le hubiera sido muy fácil aportar algún documento acreditativo de la realización de alguna operación con dichas tarjetas.

El motivo ha de ser desestimado.

La escritura exige al prestatario "ser titular" de una tarjeta de crédito y de una tarjeta de débito emitidas por la Caja. Y dicha circunstancia concurre en la Sra. Vidal en tanto ésta suscribió sendos contratos de tarjeta de débito Visa-Electrón (folios 47 a 49) y de tarjeta de crédito (folios 50 a 52), en fecha 12 de junio de 2006, resultando del extracto aportado como documento nº 4 de la demanda (folios 55 a 68) que la entidad demandada ha venido cobrando anualmente las cuotas correspondientes a las mencionadas tarjetas, por lo que dicha titularidad se ha mantenido hasta la presentación de la demanda, siendo irrelevante la falta de activación de las mismas pues el contrato no exige la utilización de las tarjetas, sino sólo la titularidad.

#### **CUARTO.- Pluspetición.**

La entidad demandada aduce que la actora está reclamando la restitución de lo pagado de más en concepto de intereses a su juicio erróneamente cobrados por aplicación de la cláusula suelo desde el 1 de julio de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2013, siendo así que los correspondientes al período 9 de mayo a 30 de septiembre de 2013 ya fueron liquidados y restituidos por la entidad de

crédito.

Efectivamente, consta acreditado en autos (folio 132) que, en cumplimiento de la STS de 9 de mayo de 2013, la demandada procedió a la reliquidación del préstamo a fecha 7 de septiembre de 2013, arrojando un saldo a favor de la actora de 463,52 €, cantidad que fue abonada en la cuenta de la Sra. Vidal según es de ver en el extracto aportado (folio 67).

En consecuencia, la restitución de cantidades por aplicación de la cláusula suelo sólo puede alcanzar lo indebidamente cobrado hasta el día 9 de mayo de 2013.

Procede, por tanto, estimar el recurso de apelación en este concreto extremo y fijar la cantidad a abonar por la demandada a la actora en la suma de 12.759,67 €, confirmando el resto de la sentencia de instancia.

**QUINTO.**- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación siquiera parcial del recurso, no se hace especial pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales aplicados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **F A L L A M O S**

**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por NCG BANCO SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona en fecha 16 de septiembre de 2014 en autos de Procedimiento Ordinario nº 174/2014, de los que el presente rollo dimana, y, en consecuencia **REVOCAR** dicha sentencia únicamente en el apartado 1 del fallo acordando en su lugar condenar a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 12.759,67 € más el interés legal desde la interposición de la demanda y hasta la efectividad del pago, manteniendo el resto de pronunciamientos de la referida sentencia.

No se hace especial pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, **procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente.**

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.** - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.